

LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE COMPETENCIA DESLEAL

Juan Sánchez-Calero Guilarte*

Publicado en:

EL DERECHO MERCANTIL EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI

*Libro Homenaje
al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa con motivo de su octogésimo
cumpleaños*

José Antonio Gómez Segade
Ángel García Vidal
(Eds.)

Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires

2010

(pp. 391-399)

ISBN 978-84-9768-785-0

* Catedrático de Derecho Mercantil
Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
jscalero@der.ucm.es
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es>

LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE COMPETENCIA DESLEAL

Resumen: Con ocasión de los 20 años de vigencia de la Ley de Competencia Desleal, se analizan los cambios introducidos en ella por la Ley 29/2009. Esos cambios suponen una ampliación del concepto de competencia desleal desde los distintos criterios normativos utilizados. En especial, se examina la ampliación de la cláusula general, que en el nuevo art. 4 LCD ha quedado concretada, incorporando nuevos criterios.

Palabras clave: competencia desleal, Ley de Competencia Desleal, cláusula general

Abstract: With occasion of the 20th anniversary of the Unfair Competition Act, changes introduced by Act 29/2009 are herein assessed. Such changes imply an enlargement of the unfair competition concept from the perspective of the different legal criteria used. In particular, the enlargement of the general clause is assessed, as it has been defined in the new article 4 UCA adding new criteria.

Key words: unfair competition, Unfair Competition Act, general clause

--- 000 ---

LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE COMPETENCIA DESLEAL

Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE *

El profesor C. FERNÁNDEZ-NÓVOA es uno de los grandes maestros del Derecho mercantil español y por todos es sabido que es una figura clave en el estudio del Derecho industrial español, impulsor de la destacada Escuela que formó desde su Cátedra de la Universidad de Santiago de Compostela. Estas páginas pretenden sumarse al obligado reconocimiento a su trayectoria académica y servir como expresión del afecto al que el profesor FERNÁNDEZ-NÓVOA se ha hecho merecedor por parte de todos los mercantilistas españoles.

1. INTRODUCCIÓN

Concurren en el presente momento una serie de circunstancias que espero que sirvan de justificación para esta modesta contribución. La Ley de Competencia Desleal (LCD) está próxima a cumplir sus primeros veinte años de vigencia, durante los que ha sufrido escasas modificaciones. En este periodo, a la intensa contribución doctrinal destinada al estudio y a la interpretación de la LCD¹ se ha sumado la labor de la jurisprudencia, especialmente reseñable con respecto a prácticamente todos los preceptos que integran dicha norma². Ha sido en fecha reciente cuando se ha producido la que es, hasta el momento y sin lugar a la duda, la modificación sustantiva más relevante de la LCD. Me refiero a la reforma de algunos de sus preceptos fundamentales operada por medio de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que modifica el régimen legal

* Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Complutense.

¹ Vid., por todos, J. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 1999, pp. 43 y ss.

² Vid. la cuidada recopilación de la jurisprudencia comentada (hasta diciembre 2007) que ofrece R. GARCÍA PÉREZ, *Ley de Competencia Desleal*, Cizur Menor, 2008, pp. 25 y 26.

de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios³. Una reforma que ha afectado tanto a las disposiciones generales de la Ley, como a las relativas a cada uno de los actos de competencia desleal. Destaca, a este último respecto, la revisión operada del art. 5 LCD que define la denominada «cláusula general».

La vigencia de la Ley, su aplicación jurisprudencial y su reciente reforma apuntan en una común dirección, que es la que pretendemos exponer como hilo conductor de los siguientes apartados: la plasmación de la tendencia hacia una expansión del concepto y de los elementos definitorios de los actos de competencia desleal, cuyo resultado es la sumisión a las normas contenidas en la LCD de un número creciente de actividades económicas desarrolladas en los más variados sectores. Puede afirmarse que el resultado de estos años es el de una generalización de la disciplina de la competencia y, por consiguiente, de la represión de la conducta desleal. Ya desde los primeros momentos se atisbó que la LCD estaba llamada a ser una Ley general⁴. Su aplicación ha revelado que esa generalización ha resultado especialmente intensa.

2. LOS INTERESES PROTEGIDOS

El art. 1 LCD se encarga de señalar de manera nítida que estamos ante una disciplina que busca la tutela de unos determinados intereses. No se enunciaban en concreto, pues su determinación se hacía por referencia a una categoría de sujetos igualmente genérica. Hasta ahora se decía que eran los de cuantos «participan en el mercado». Esta formulación es en sí misma amplia, pero cobra todavía mayor alcance si recordamos que el objeto de tutela de la normativa es la propia competencia efectiva. El funcionamiento correcto del mercado se orienta a permitir el juego y los efectos de la competencia leal, lo que nos lleva al art. 38 de la Constitución Española y a la formulación que allí se hace del principio de libertad de empresa. Es manifiesto que ese mismo fundamento constitucional lo comparten otras normas (señaladamente la Ley de Defensa de la Competencia), pero también que

³ BOE de 31 de diciembre de 2009. La reforma tuvo como principal motivación la necesaria adaptación de nuestro ordenamiento a los «cambios notables en distintos ámbitos del mercado interior» registrados en el ordenamiento europeo en materia de competencia desleal, publicidad, protección de los consumidores y comercio minorista. En particular, la Ley 29/2009 sirvió para la incorporación de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (DOUE L 149, de 11 de junio de 2005, pp. 22 y ss.) y de la Directiva 2006/114/CE, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DOUE L 376, de 27 de diciembre de 2006, pp. 21 y ss.). Ambas suponían una modernización del correspondiente Derecho europeo.

Con respecto a la primera de las Directivas citadas, *vid.* C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, «La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales», *La Ley*, t. 1, D-24, 2006, p. 1.335; J. MASSAGUER, F. MARCOS y A. SUÑOL, «La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales», *Boletín de Información Ministerio de Justicia*, 2013, 2006, pp. 5 (7-9) y las sucesivas entregas del trabajo de V. MAMBRILLA RIVERA, «Prácticas comerciales y competencia desleal: estudio del Derecho comunitario europeo y español», publicado en *RCD*, 4, 2009, p. 89; *RCD*, 5, 2009, p. 107, y *RCD*, 6, 2010, p. 75 [con amplia referencia bibliográfica (76)].

⁴ *Vid.* M. OTERO LASTRES, «La nueva Ley sobre Competencia Desleal», *ADI*, XIV, 1991-1992, pp. 25 (46).

anima a una interpretación expansiva de sus conceptos esenciales y de las delimitaciones de los actos de competencia. No se trata de forzar una indebida ignorancia de la regla que obliga a hacer una interpretación restrictiva de las normas prohibitivas, sino de hacer compatible ese criterio con la pretensión fundamental que animó la promulgación de la LCD y el cambio de modelo que expresamente proclamaba su Preámbulo al indicar que esa Ley estaba llamada a servir como instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. Un propósito que lleva a delimitar su ámbito de aplicación con una perspectiva acorde con esa intención de contribuir a la generalización o «socialización» del Derecho de la competencia desleal. La defensa de la competencia como objeto primordial de protección no implica únicamente declarar desleal un número creciente de conductas, sino también actuar en la dirección opuesta, proclamar la licitud de aquéllas que se impugnan por quienes entienden que les perjudican, pero sin embargo respetan los criterios normativos de lealtad concurrencial⁵.

En esta línea, es evidente que los propios empresarios que compiten entre sí en un determinado mercado son destinatarios de la Ley como titulares de intereses afectados por sus disposiciones, ya sea para tutelarlos o para rectificarlos o sancionarlos. Junto a ellos, la tutela de los consumidores es la que refleja una mayor vitalidad⁶. Esta tutela no debe entenderse sólo de manera colectiva, pues aunque el Preámbulo de la propia LCD hablara de los intereses colectivos de los consumidores, encontramos en el articulado referencias que permiten afirmar que el interés individual de cada uno de ellos es igualmente merecedor de la tutela que persigue la LCD.

La adición al art. 1 LCD de la publicidad ilícita refuerza esa voluntad de protección al incluir de manera expresa la publicidad ilícita como supuesto de deslealtad concurrencial. Se trata de una tutela que se concibe originariamente para la defensa de los competidores⁷ del responsable del acto publicitario ilícito, pero cuyos efectos es incuestionable que afectarán a los consumidores y permitirán a éstos utilizar la protección que ofrece la LCD si aquel acto resulta subsumible en cualquiera de las cláusulas de ésta.

⁵ *Vid.*, por todas, STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007/262), que tal y como recoge GARCÍA PÉREZ, *Ley de Competencia Desleal*, p. 28, nota 2, sigue fielmente la opinión de MASSAGUER al afirmar la subordinación de los límites éticos de los comportamientos concurrenciales al principio de competencia efectiva.

⁶ En especial por el impulso comunitario, que tenía la tutela de los consumidores como inspiración, dejando a la legislación estatal la regulación de la deslealtad entre competidores, tal y como exponía la Directiva 2005/29/CE en su Considerando (6): «Conforme al principio de proporcionalidad, la Directiva protege a los consumidores de las consecuencias de dichas prácticas comerciales desleales cuando éstas son sustanciales, si bien reconoce que, en determinados casos, la incidencia para el consumidor puede ser insignificante. No comprende ni atañe a las leyes nacionales sobre prácticas comerciales desleales que perjudican sólo a los intereses económicos de los competidores o que se refieren a transacciones entre comerciantes; para tener plenamente en cuenta el principio de subsidiariedad, los Estados miembros seguirán teniendo la capacidad de regular esas prácticas, de conformidad con el Derecho comunitario, si así lo deciden».

En esa línea, la Ley 29/2009 señala en su Exposición de Motivos (II) que se pone el énfasis en la defensa de los consumidores al reformar la LCD.

⁷ El art. 1 de la Directiva 2006/114/CE señalaba: «La presente Directiva tiene por objeto proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa».

3. EL ÁMBITO OBJETIVO

El art. 2 LCD estableció en su redacción inicial dos condiciones objetivas de todo acto de competencia desleal: su realización en el mercado y con fines concurrenciales. Esta finalidad debe analizarse conforme a la presunción establecida en el art. 2.2. LCD: se da siempre que el acto analizado «se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero». Las condiciones o elementos exigidos para afirmar que estamos ante el ámbito objetivo de aplicación de la LCD exceden una mera significación teórica, pues apuntan a circunstancias de hecho cuya acreditación es trascendente en términos procesales, pues de su prueba arrancará la evaluación judicial. La falta de acreditación de que el acto se desarrolló en el mercado y con tal finalidad concurrencial dispensa, allí donde la fundamentación jurídica de la pretensión ejercitada se limita a la LCD, de analizar ulteriores alegaciones.

Esas características, basadas en los elementos espacial y finalista, no han tenido en la jurisprudencia una determinación ni uniforme, ni clara⁸, si bien se repite en las resoluciones de nuestros Tribunales la tendencia hacia una interpretación en sentido amplio de ambos conceptos. Esa orientación se verá afectada por los cambios introducidos en el precepto indicado a partir de la Ley 29/2009, que ha añadido la determinación de su aplicación a cualquier acto vinculado con una operación o contrato, con independencia de su perfección (art. 2.3 LCD).

3.1. El mercado

La definición del mercado no cuenta con una elaboración por parte del Tribunal Supremo, que se ha limitado a reproducir la idea ya expresada en el Preámbulo de la LCD en el sentido de entender que todo acto que tenga trascendencia externa permite considerar que constituye una actuación en el mercado⁹. Mayor elaboración encontramos en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, que parten de la asunción de un concepto económico antes que jurídico de lo que constituye un mercado, que «debe ser entendido en un sentido amplio, como equivalente al ámbito económico de la relaciones humanas, el ámbito en que se adoptan decisiones económicas», señalando que constituye una actuación en un mercado cualquiera «que incida real o potencialmente en las relaciones económicas»¹⁰. Esa amplitud de criterio ha llevado a determinar la existencia de un mercado, a los efectos de la aplicación de la LCD, en una variedad de situaciones, resueltas mayoritariamente a favor de la apreciación de que existe una actuación en el mercado con independencia de que afecte a un número ínfimo o muy reducido de personas¹¹.

⁸ Vid. GARCÍA PÉREZ, *Ley de Competencia Desleal*, p. 36, y del mismo autor, «El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal», *DN*, 200, 2007, pp. 7 y ss.

⁹ SSTs de 20 de marzo de 1999 (RJ 1996\2246) y de 15 de abril de 1998 (RJ 1998\2053).

¹⁰ Vid. SAP de Cantabria de 9 de noviembre de 1994 (AC 1994\1934); en términos similares, SAP de Sevilla de 14 de noviembre de 2002 (JUR 2003\147198).

¹¹ Vid. la SAP de Madrid de 16 de marzo de 2005 (AC 2005\431), que desestimó que la existencia de un mercado (el de telecomunicaciones) con una clientela millonaria no impedía con-

En igual dirección actúa el reconocimiento como mercados susceptibles de amparar actos de competencia de aquéllos que aparecen como «regulados», es decir, sometidos a alguna suerte de intervención normativa y administrativa que restringe la actividad empresarial en su seno¹². Es un reconocimiento que no tiene un valor especial, pues es obvio que la existencia de un interés general que fundamente la introducción de condiciones o «regulaciones» que deben ser observadas para acceder o actuar en un determinado mercado no sólo son lógicamente compatibles con la vigencia de éste, sino que ponen de manifiesto que es precisamente en esos mercados regulados y sometidos a intervención administrativa en los que, a pesar de la restricción que implica, por ejemplo, una autorización previa para constituir un operador, la competencia no sólo es efectiva, sino especialmente conflictiva, por la intensidad que alcanza la pugna entre los empresarios y frente a los consumidores. Baste con pensar en la cotidiana evidencia que la publicidad ofrece de la concurrencia existente entre bancos, operadoras de telecomunicaciones o empresas energéticas, por citar los sectores más activos de entre los regulados. Finalmente, es también destacable que se afirme que se está ante un acto realizado en un mercado cuando —acogiendo un análisis económico— se entienda que la competencia se produce en las relaciones verticales entre empresas, al ser manifiesto que estamos ante un acto con trascendencia externa¹³.

3.2. La finalidad concurrencial

La orientación que se ha expuesto a favor de un entendimiento amplio del concepto de mercado a los efectos del régimen de la competencia desleal no resulta tan nítida en la interpretación de la finalidad concurrencial, como segunda condición de la que el art. 2 LCD hace depender la determinación del ámbito objetivo de aplicación de la LCD. Es probable que ello se deba a que es el propio art. 2.2 LCD el que introduce una presunción *iuris tantum* que considera que se da tal finalidad del acto «cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero». Esta disposición ha encontrado en nuestros Tribunales posturas diversas que, como se indicó, no permiten atisbar una tendencia favorable a la aplicación expansiva de la Ley con la misma claridad que ofrecen otros aspectos de la interpretación de la citada norma. A pesar de que existe una amplísima casuística de litigios en los que aflora la cuestión¹⁴ o, quizás precisamente por tal motivo, encontramos resoluciones divergentes en cuanto a la propia naturaleza objetiva o subjetiva de tal requisito¹⁵, a las dudas sobre la existencia de una situación de competencia

siderar que se estaba ante una conducta relevante a los efectos del art. 2 LCD, a pesar de que afectara a un número reducido de clientes, incluso ridículo con respecto a la totalidad del mercado en cuestión.

¹² La SAP de Madrid de 11 de febrero de 2003 (JUR 2003\202817), se adentra en el mercado del juego.

¹³ SAP de Valladolid de 26 de mayo de 1997 (AC 1997\1047).

¹⁴ Vid. la amplia exposición que de la jurisprudencia recaída hasta 2007 recoge GARCÍA PÉREZ, *Ley de Competencia Desleal*, pp. 47-56.

¹⁵ A favor de considerar que es un requisito subjetivo, *vid.* SSTs de 20 de marzo de 1996 (RJ 1996\2246) y de 22 de marzo de 1997 (RJ 2007\1791).

efectiva como presupuesto de esa finalidad¹⁶ o, en fin, a si ésta puede afirmarse con respecto a actos aislados¹⁷.

3.3. Actos previos, coetáneos o posteriores a una operación o contrato

Aunque sea de origen legislativo, el nuevo art. 2.3 LCD comparte con la jurisprudencia reseñada esa eficacia expansiva del ámbito de aplicación de la disciplina contra la competencia desleal¹⁸. Dicho precepto adopta los principios acogidos en la Directiva 2005/29/CE a la hora de someter a esa regulación cualesquiera actos, con independencia de que culminen en la realización de una operación o en la celebración de un contrato. De esta forma, podemos simplificar el criterio indicando que considera que el reproche de la deslealtad puede recaer tanto en actos meramente preparatorios de una operación o contrato que terminan produciéndose, como en aquéllos que, ante la falta de culminación, suponen una simple tentativa. No existen abundantes precedentes jurisprudenciales al respecto, pero los que hay permiten atisbar la trascendencia del cambio que supone el art. 2.3 LCD, al atribuir a actos meramente preparatorios una trascendencia que hasta ahora se les negaba a la hora de convertirlos en objeto de la aplicación de la norma¹⁹. Frente a quienes negaban que esos actos tuvieran efectos en el mercado que justificaran esa aplicación, el art. 2.3 LCD formula de manera tajante su plena sumisión.

4. EL ÁMBITO SUBJETIVO

La literalidad de la Ley ya evidenciaba una intención de que su aplicación abarcara un amplio número de sujetos. Inicialmente se advertía la voluntad de extender su vigencia a los actos realizados por todo tipo de empresarios²⁰. Mas de inmediato se advirtió que la literalidad de la norma buscaba una noción aún más amplia, puesto que la característica de la participación en el mercado no se constreñía sólo a los empresarios, sino que también se utilizaba una forma abierta al decir que también quedaban comprendidos en ese ámbito subjetivo «cualquiera otras personas físicas o jurídicas». De esta forma, la revisión de la jurisprudencia pone de manifiesto cómo nuestros Tribunales han proyectado esa aplicación sobre un muy variado catálogo de sujetos de naturaleza privada

¹⁶ Punto en el que la jurisprudencia ha tenido que establecer que tal situación previa no es un presupuesto de hecho para la aplicación del art. 2.2 LCD, puesto que no debe confundirse la finalidad concurrencial del acto con la relación de competencia entre los sujetos activo y pasivo del acto, que por otro lado rechaza el art. 3.2 LCD que pueda convertirse en circunstancia de la que se haga depender la aplicación de la LCD; *vid.* por todas, STS de 3 de octubre de 2007 (RJ 2007\6796).

¹⁷ La escasa aportación de las Audiencias Provinciales en este punto se limita a dos Sentencias cercanas de la AP de Navarra de 18 de diciembre de 1992 (AC 1992\1633) y de 25 de enero de 1993 (AC 1993\38) que negaban la aplicación de la LCD, dado que la organización aislada y sin ánimo de lucro de sendos festejos no presentaba el requisito de la finalidad concurrencial exigida por el art. 2.2 LCD.

¹⁸ Ese apartado se añadió por la Ley 29/2009.

¹⁹ En la recopilación de GARCÍA PÉREZ, *Ley de Competencia Desleal*, p. 47, se citan tres SSAP de Madrid —la más reciente, la de 31 de julio de 2007 (AC 2007\1976)— que consideraban que los actos preparativos no llegaban a «aflorar» en el mercado.

²⁰ OTERO LASTRES, *ADI*, XIV, 1991-1992, p. 32.

o pública y cuyas actividades profesionales o económicas resultaban no sólo diversas sino a veces sujetas a regímenes legales especiales. Comenzando por la expresa negación de la condición de empresario como presupuesto para la aplicación de la Ley²¹, hemos asistido a la proclamación de su vigencia con respecto a la Administración Pública²² y a cualesquiera entidades de Derecho público²³, a entidades sin ánimo de lucro²⁴ y a distintas profesiones²⁵. En esa construcción jurisprudencial no nos encontramos siempre con el interés de esos sujetos especiales por eludir los efectos de la LCD, sino también con casos en los que se plantea precisamente que por ser éstos quienes se consideran partícipes en el mercado, invocan la LCD en su interés²⁶.

No resultó extraño, por tanto, que esa interpretación jurisprudencial encuentre ahora un explícito refrendo legislativo desde la nueva redacción dada al art. 3.1 LCD, en donde se incluye a los «profesionales» como sujetos incuestionablemente sometidos a su contenido.

5. LA CLÁUSULA GENERAL COMO ACTO AUTÓNOMO DE DESLEALTAD CONCURRENCIAL

Como es conocido, la moderna construcción de la represión de la competencia desleal se ha caracterizado por el recurso a lo que el art. 5 LCD tituló como la «cláusula general», es decir, la formulación genérica de lo que se entiende que constituye un comportamiento ilícito, en nuestro caso, por ser objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. La cuestión básica que se ha planteado en relación con el art. 5 LCD es la de su naturaleza autónoma o simplemente interpretativa. Se trataba de decidir, en síntesis, si estamos ante una cláusula que con la finalidad de ofrecer una mayor protección permite su aplicación autónoma a cualquier comportamiento objetiva y subjetivamente integrado en el ámbito de aplicación de la Ley, pero que no puede ser reconducido a alguno de los concretos actos de deslealtad o cláusulas especiales integradas en la misma LCD, o si, por el contrario, la única función del citado precepto general es la de facilitar la aplicación de las cláusulas especiales, poniendo en relación la específica conducta que en cada una de ellas se contempla con el criterio de la buena fe objetiva.

El Tribunal Supremo ha optado por la primera solución, es decir, la que amplía los actos de competencia desleal más allá de la enunciación especial contenida en los arts. 6 a 17 (hoy 5 a 16 LCD). Para llegar a esta posición, sin embargo, se han producido pronunciamientos diversos. Así, se alineó en alguna

²¹ STS de 18 de octubre de 2000 (RJ 2000\8809).

²² SAP de Castellón de 15 de abril de 2004 (JUR 2007\225873), relativa al Ayuntamiento de Villareal, que revoca la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Villarreal de 10 de mayo de 2003.

²³ SAP de Barcelona de 29 de abril de 2005 (JUR 2006\60917), referida al Instituto Catalán de la Salud.

²⁴ SAP de Madrid de 4 de junio de 2004 (AC 2004\1723).

²⁵ Con respecto a Procuradores de los Tribunales *vid.* SAP de Madrid de 7 de octubre de 2005 (AC 2005\1757). Con relación a Abogados *vid.* STS de 28 de mayo de 2008 (RJ 2008\4164).

²⁶ *Vid.* STS de 8 de octubre de 2009 (RJ 2009\5507), en donde el Centro de Desarrollo e Industrial (entidad de Derecho público) actuaba como parte demandante e invocaba su condición de partícipe en el mercado (FJ 4.º).

ocasión con la opinión que consideraba a la cláusula general como un precepto con función estrictamente interpretativa²⁷. Por el contrario, la línea mayoritaria²⁸ se ha ido fraguando en torno a una serie de decisiones que permiten hoy afirmar que bajo la rúbrica «cláusula general», el art. 5 LCD permitía sancionar aquellas conductas que a pesar de no poder reconducirse a alguno de los tipos específicos, cumplían los presupuestos generales de la LCD para su aplicación e incurrían en una deslealtad contraria al criterio de la buena fe. Aquel precepto «no establece una norma integrativa o complementaria de la ilicitud de los actos descritos en los artículos posteriores», sino que lo que persigue la cláusula general es «prohibir todas aquellas actuaciones de competencia desleal que... no encuentren acomodo en los supuestos que expresamente se tipifican en los arts. 6 a 17 de la propia Ley 3/1991»²⁹. En definitiva, el art. 5 LCD planteó desde el principio una norma jurídica en sentido técnico y no un mero principio abstracto, de forma que la vulneración de la buena fe objetiva era por sí misma fundamento suficiente para reputar que se está ante una deslealtad concurrencial³⁰.

El art. 5 LCD ha pasado a ser el vigente art. 4 LCD y, además, ha visto sensiblemente desarrollado el entendimiento de lo que constituye un comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe en las relaciones con los consumidores y usuarios. Esta innovación se debe a la trasposición de las disposiciones comunitarias y supone introducir nuevos elementos en la valoración de las conductas empresariales o profesionales en ese preciso marco. Algunos de esos elementos, a pesar de su genérica naturaleza, encuentran una cierta concreción legislativa. La lealtad arranca por el respeto a la diligencia profesional, que se define como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado. Se dirá que se recupera como criterio de determinación de la deslealtad un baremo profesional, frente a los criterios objetivos y generales que animaban la LCD en su formulación inicial. En segundo lugar, la deslealtad se vincula con el resultado efectivo o potencial que esa práctica profesionalmente negligente pudiera tener sobre el comportamiento de los consumidores. La deslealtad se hace depender de una distorsión significativa o sustancial del comportamiento económico del consumidor. El legislador español ha determinado esa distorsión del comportamiento económico del consumidor conforme a lo establecido en la Directiva 2005/29/CE. La deslealtad implica alterar su capacidad de decidir con respecto a cualquiera de los aspectos diversos de un producto o de un servicio que se ofrecen al consumidor y que detalla el art. 4 LCD. La distorsión no consiste siempre en contratar ese producto o servicio a partir de aspectos como, por ejemplo, el precio, sino que también puede apreciarse en que el consumidor, por causa de la práctica desleal, se abstenga de hacerlo. Son matizaciones todas que, en buena medida, irán alcanzando su concreción a través de la labor de nuestros Tribunales. A pesar del intento normativo por dotar a muchos de esos conceptos sobre los que ahora se basa la deslealtad concurrencial en las relaciones con los consumidores de un cierto grado de precisión, puede adivi-

²⁷ SAP de Madrid de 1 de julio de 2004 (JUR 2004\267926).

²⁸ Que expone con una amplia cita de precedentes la STS de 3 de julio de 2008 (RJ 2008\4367).

²⁹ STS de 14 de marzo de 2007 (RJ 2007\2229).

³⁰ SSTs de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007\262) y 23 de marzo de 2007 y (RJ 2007\2317).

narse que su aplicación también continuará con una tendencia expansiva hacia nuevos ámbitos.

Incorporar una Directiva a la normativa vigente implica legislar de manera que las nuevas disposiciones no alteren las ya existentes, con las que las primeras deben coordinarse. La disposición resultante de ese proceso debiera mantener las características de la cláusula general en materia de competencia desleal. El profesor FERNÁNDEZ-NÓVOA explicaba cómo la virtualidad de una cláusula general prohibitiva dependía, en gran parte, de incluir en ella conceptos flexibles que permitan a los Tribunales hacer frente a las muy diversas formas que tienen los actos desleales para manifestarse³¹. Es la indeterminación de esos conceptos la que permite una adecuada valoración de los intereses existentes y afectados por una práctica competitiva.

Hasta el presente, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado durante casi dos decenios la LCD de una manera elogiable, convirtiendo esa Ley en una referencia principal de toda actividad económica. En el momento actual, los cambios relevantes que para la LCD ha supuesto la incorporación de las Directivas europeas obligan a retomar ese esfuerzo. El tiempo dirá si esos cambios y su interpretación permiten mantener idéntica valoración positiva de nuestro Derecho de la competencia desleal.

³¹ Vid. C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *La Ley*, t. 1, D-24, 2006, p. 1337.